
EXTINTO O CONTRATO DE TRABALHO, QUAL SERÁ O PRAZO PARA RECLAMAR OS DEPÓSITOS DO FGTS?

LUCIANO ARAÚJO ¹

INTRODUÇÃO

Engrossa cada vez mais a fileira daqueles que defendem ser trintenária e não, bienal, a prescrição para o empregado reclamar os depósitos fundiários não efetuados pelo empregador em sua conta vinculada, quando da ruptura do pacto laboral.

Esta é a tese que vem se disseminando gradativamente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, bem como dos Tribunais Regionais do Trabalho pátrios e que tem encontrado o aval de renomados operadores do direito, juristas e doutrinadores da seara trabalhista.

Ante a relevância do tema, eis que se trata de um direito assegurado à grande maioria dos trabalhadores, cabe-nos trazer à tona tal discussão, de modo que, à luz da legislação vigente, dos princípios norteadores do direito do trabalho e da jurisprudência, os aplicadores do direito se sensibilizem e reflitam melhor sobre a questão, de maneira a evitar a proliferação de decisões que fulminem um direito de fundamental importância na vida dos trabalhadores: o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

PRESCRIÇÃO DO FGTS - UM BREVE ESCORÇO HISTÓRICO.

A celeuma relativa à prescrição a ser aplicada ao instituto do FGTS, após incessantes debates, finalmente, foi se decantando gradativamente no sentido de ser trintenária, em face do inarredável caráter social que a verba ostenta.

Tal entendimento foi firmado, preambularmente, pelo TST, em 8 de maio de 1980, com a edição da Súmula nº 95, verbis:

¹ O autor é graduado em Processamento de Dados e em Direito pela UFPB – Universidade Federal da Paraíba. ,servidor do TRT da 13ª Região, onde ocupa o cargo de Técnico Judiciário, e atualmente exerce a função de Assistente de Secretário no Gabinete da Juíza Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega.

“É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Posteriormente, a lei 8.036/90 consagrou tal entendimento, quando, em seu artigo 23, §5º, in fine, assegurou o privilégio ao FGTS:

“O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.”

Na mesma esteira de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em 02 de junho de 1998, reconhecendo o caráter social do FGTS, firmou seu entendimento, através da Súmula n. 210, verbis:

“A ação de cobrança para o FGTS prescreve em trinta anos (Súmula n. 210)”.

Todavia, em 1999, de forma surpreendente, o Tribunal Superior do Trabalho aprovou o Enunciado n. 362, que assim dispunha:

“Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço”. (DJU de 03.09.99).

O POLÊMICO ENUNCIADO Nº 362 DO C. TST

A limitação de 2 (dois) anos inserta no presente Enunciado nº 362 do TST, todavia, insuflou, de imediato, o surgimento de posicionamentos divergentes, tais como o exposto pelo Juiz Relator Fausto Lustosa Neto, do TRT da 22ª Região, que, em decisão proferida nos autos do Processo nº TRT-RORXOF-2514/99 Ac. 1761/99 - julgado em 14/10/99 e publicado no D.J: 18/11/99 –, expôs, com brilhantismo, posição diametralmente oposta, a qual foi aplaudida, por unanimidade, por aquela Corte Trabalhista.

Referindo-se ao entendimento firmado pelo C. TST e cristalizado no Enunciado nº 362, quanto à prescrição aplicada ao FGTS, assim arrematou o Magistrado:

“(…)Este posicionamento do C. TST, a meu ver, data maxima venia, passou a guardar incoerência, pois recepciona apenas parte do dispositivo constitucional (art. 7º, XXIX, “a”, da CF), qual seja a parte final referente à prescrição bienal, quando da extinção do contrato de trabalho, e faz tábula rasa da parte inicial deste mesmo dispositivo, não aplicando o prazo quinquenal na vigência do contrato para recepcionar o prazo estipulado no art. 23, § 5º, da Lei n.º 8.036/90. Diante de

posicionamentos díspares da jurisprudência, surge a necessidade da definição do prazo prescricional quanto ao FGTS.

Após suscitar a incoerência jurisprudencial, o Julgador concluiu:

Neste diapasão, entendo que para o estudo da prescrição em relação a este tema, mister se faz sempre antever se a cobrança do FGTS se dá sobre parcelas salariais quitadas oportunamente ou não. A reclamação pelo não recolhimento das parcelas do FGTS pode se apresentar, na Justiça do Trabalho, como acessório de parcelas salariais que não foram pagas ou como objetivo único, nos casos em que os salários foram quitados na época própria. Assim, na primeira hipótese, como se trata de reflexos de parcelas salariais, deve ser aplicada a prescrição dos créditos trabalhistas, insculpida no art. 7º, XXIX, “a”, da Magna Carta – cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato – posto que não se concebe o acessório sem o principal. Na segunda hipótese, que é o caso dos autos, a reclamação versa apenas sobre o não recolhimento do FGTS de parcelas que foram pagas regularmente na constância do contrato, deixando de ser recolhido apenas o FGTS. Desta forma, não há que se aplicar a prescrição dos créditos trabalhistas prevista na Constituição Federal, de vez que estas verbas foram devidamente pagas. Entendo, neste caso, deva ser aplicada a prescrição trintenária, disposta no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, mesmo que a ação tenha sido intentada após dois anos da extinção do contrato de trabalho. Reforça este posicionamento a natureza dos depósitos devidos ao FGTS, já pacificada pelo STF como “contribuição social” (RE 117.986-4, DJU de 19/03/1993).(g.n.).

Com efeito, há uma cizânia no tocante ao prazo prescricional aplicável ao FGTS, quando da ruptura do pacto laboral. Autores de renome, juristas e aplicadores do direito trabalhista têm se digladiado acerca do tema, que tem gerado repercussões antagônicas, inclusive, no âmbito das mais altas Cortes de Justiça.

De fato, é tormentoso definir se o prazo prescricional do FGTS é bienal ou trintenário, quando do término da relação empregatícia.

A jurisprudência tem se mostrado vacilante em relação ao tempo prescricional para reclamação dos depósitos do FGTS. Uma vertente defende a tese - com espeque no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 – de que, independentemente da extinção do contrato de trabalho, a prescrição aplicável é a trintenária. De outra banda, há os que conjugam o dispositivo acima com a regra do art. 7º, inciso XXIX, “a”, da Constituição Federal e, assim, hasteiam a bandeira de que a prescrição é trintenária na vigência do contrato de trabalho, com o limite de dois anos após sua

extinção (En. 362 do C. TST); outros, com fundamento no Código Tributário Nacional, defendem o prazo prescricional de cinco anos e, por fim, há entendimentos isolados no sentido de que o prazo seria de quinze anos.

Como se pode constatar, há prazos para todos os gostos.

A meu ver, porém, a celeuma, que chegou a se reinstalar em torno da prescrição aplicável ao FGTS na vigência do contrato de trabalho com a anterior redação do Enunciado nº 362 do TST, restou definitivamente superada a partir da recente modificação introduzida através da resolução nº 121, de 19.11.03.

“Enunciado 362. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.” (Red. Modificada pela Res. N. 121 – DJ 19.11.2003.(grifos acrescidos))”.

Todavia, não se pode afirmar o mesmo no que tange à polêmica que remanesceu acerca do prazo limite de 2 (dois) anos estabelecido para postular o FGTS, quando da cessação do contrato de trabalho – imposição fixada na redação anterior e mantida na nova redação do enunciado -.

O Juiz baiano Raymundo Antonio Carneiro Pinto, em sua obra intitulada “Enunciados do TST Comentados” (7ª ed. após a res. N. 121/03 do TST – LTr), ao comentar a nova redação do Enunciado nº 362, originário daquela Suprema Corte Trabalhista, reconhece a controvérsia que paira sobre o tema e destaca, na ocasião, a posição adotada pelo colega Francisco Antonio de Oliveira, que prega ser trintenária a prescrição, mesmo após o rompimento da relação empregatícia, consoante passo a transcrever, *in verbis*:

“(…) Desde que emitiu o En. 95 (já cancelado), em 1980, o TST entendeu que é trintenária a prescrição do direito de reclamar a falta de recolhimento do FGTS. Cinco anos depois – com o En. n. 206 – esclareceu que, se determinada parcela já se encontra prescrita, também cessa a obrigatoriedade do recolhimento do FGTS respectivo. Nesta mais recente interpretação – que não invalida as anteriores, ressalte-se -, deixou claro (principalmente após a nova redação) que a prescrição trintenária deve ser observada enquanto estiver em curso o contrato de trabalho. Sendo este extinto, passa a prevalecer o disposto no art. 7º, XXIX, letra b, da CF/88, ou seja, o prazo é de apenas dois anos. Esse novo entendimento do TST não é pacífico. O jurista Francisco Antonio de Oliveira, no livro Comentários aos Enunciados do TST (Revista dos Tribunais – 2001 – 5ª ed.), invocando os arts. 54 e 55 do Decreto n. 99.684/90, jurisprudência do STF e a Súmula n. 210 do STJ, alinha nada menos do que oito razões para sustentar que o prazo de trinta anos deve ser considerado, no caso, mesmo depois de cessado o contrato de trabalho. (grifos acrescidos).

Decidi transcrever apenas um, dentre os 8 (oito) motivos elencados pelo autor, por entender que este, por si só, é bastante para tornar vitoriosa a tese. Ei-lo: “(...) *Terceiro: Os depósitos fundiários, como dissemos no início destes comentários, constituem verba atípica componente dos direitos do trabalhador, uma vez que o seu alcance, muito mais do que simples indenização atípica, tem valor social incalculável, já que o sistema financeiro que dá suporte ao financiamento de moradias populares está apoiado, quase que totalmente, nos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.*”(gn.).

Destaco, ainda, um dos exemplos lançados pelo ilustre jurista:

“Suponha-se um empregado que, por força das circunstâncias, tenha passado por vários empregos, dispensado nuns e com pedido de demissão noutros, não tenha recebido os depósitos fundiários em nenhum deles, ou porque havia solicitado demissão ou porque houvesse trabalhado pouco tempo, propiciando depósito irrisório. Suponha-se, ainda, que, por ocasião da sua jubilação, pretendesse sacar os depósitos amealhados durante os longos anos de trabalho. Pelo enunciado ora comentado, o trabalhador estaria impedido de acionar as empresas que não houvessem efetuado os depósitos. E a prática demonstra que o índice de empresas que assim procedem é elevado. A lei há de ser interpretada em função da realidade que a cerca (teoria da tridimensionalidade: fato, valor e norma)”.

Não é preciso muito esforço exegético para inferir que a maioria das teses que tenta explicar a prescrição a ser aplicada ao FGTS toma, quase sempre, como ponto de partida, a necessidade de definição da natureza jurídica desta verba.

É que, uma vez definida a sua natureza jurídica, obter-se-ia resposta, quase que de imediato, à seguinte pergunta: a que tipo de prescrição estão sujeitas as ações judiciais visando os recolhimentos fundiários não realizados, ou realizados a menor na conta vinculada do trabalhador?

Ainda na 5ª edição (2001) de sua obra – Comentários aos Enunciados do TST –, o jurista Francisco Antônio de Oliveira, comentando a redação anterior do Enunciado 362 - fez apologia ao caráter social do FGTS, trazendo, na ocasião, reflexão bastante pertinente, a qual, passo a reproduzir, *ipsis litteris*:

“(...) Ainda que se possa argumentar que, em sendo matéria trabalhista o Tribunal Superior do Trabalho é quem dirá a última palavra sobre a lei federal, não tendo aplicação o inciso III do artigo 105 da CF, não se pode ignorar que o direcionamento adotado pelo novo Enunciado se movimenta na contramão, pois não se cuida de simples interesse pecuniário do trabalhador, mas de uma receita que dá suporte ao Sistema

Habitacional com reflexos sociais que não podem ser ignorados (...)
(g.n.).

A tese aqui discutida, e que tem atraído adeptos de todos os recantos, visa demonstrar que, além da necessidade de se perquirir qual a efetiva natureza ou caráter do FGTS, há um outro elemento de suma importância, que se apresenta como traço marcante e diferenciador, segundo o qual, será possível ao aplicador do direito definir, com exatidão, a prescrição a ser aplicada ao FGTS em cada caso concreto submetido à sua análise. Este elemento definidor consiste precisamente em se antever a forma como a verba fundiária está sendo postulada em cada caso submetido ao crivo do Judiciário: se em caráter acessório, ou seja, como simples consectário de verbas salariais não adimplidas no decorrer do pacto laboral ou se em caráter principal quando o empregador, embora tendo regularmente pago os títulos de natureza salarial, mostrou-se absolutamente negligente quanto ao recolhimento dos depósitos fundiários na conta vinculada do obreiro.

Entendo que se o empregado, em face da ruptura do contrato de trabalho, postula, após o decurso do prazo de 2 (dois) anos, o pagamento de verbas salariais não adimplidas e, em segundo plano, o FGTS sobre elas incidente, não haverá como afastar, *in casu*, a aplicação da prescrição bienal do direito do reclamante, tanto com relação ao pedido principal – verbas salariais – quanto sobre o acessório – FGTS respectivo -, a teor do que propõe o Enunciado nº 362 do C.TST.

É que o *accessorium sequitur suum principale*, ou seja, prevalece, em tais casos, a velha máxima de que o acessório deve seguir sempre a mesma sorte do principal.

Como já dito alhures, não seria difícil inferir que, em tal hipótese, as verbas salariais representariam o *petitum* principal, ao passo que o FGTS, por ser um percentual incidente sobre as mesmas, seria, neste caso específico, um mero consectário daquelas. Deste modo, estando, porventura, as verbas de natureza salarial açambarcadas pelo cutelo prescricional bienal, fatalmente estariam, também, fulminadas as verbas acessórias, *in casu*, o FGTS incidente sobre as mesmas.

Todavia, se o empregado, embora admitindo o adimplemento das verbas salariais, pelo empregador, postula, única e exclusivamente, os depósitos fundiários não efetuados, ou realizados a menor, em sua conta vinculada, razão não há para que se aplique, neste caso específico, a prescrição insculpida no artigo 7º, XXIX, “a”, da CF/88, vez que o objeto do pedido – FGTS -, *in casu*, não estaria atrelado a qualquer tipo de verba salarial inadimplida durante o contrato.

Em casos como este, o FGTS assume inegável jaez de contribuição social, transcendendo, assim, a conotação meramente salarial, o que justifica o privilégio assegurado no artigo 23, §5º, da lei 8.036/90 e na Súmula n. 210 do STJ,

independentemente da vigência, ou não, do contrato de trabalho.

Valentim Carrion, inclusive, *in* sua magnífica obra - comentários à consolidação das leis do trabalho – 29ª ed. – 2004, pg. 77 –, vai mais além, chegando ao ponto de negar o caráter acessório do FGTS. Segundo o renomado mestre, este poderia ser exigido, mesmo estando prescritas as verbas salariais. Eis o teor do seu pronunciamento:

“(...) Também é inaceitável a afirmação vitoriosa de que os salários prescritos não permitem a cobrança de FGTS correspondente; este não pode ser considerado acessório daqueles; a finalidade do instituto é diversa e o fato de a lei ter tomado como referência um percentual sobre o ganho não lhe retira aquela diferenciação conceitual e teleológica; a simples expressão literal da lei, “remuneração paga”, não impede essa conclusão, porque não se tenha dito “remuneração devida (...)”.

Por fim, o C. TST, em decisão recentíssima da lavra do ministro Lélío Bentes Corrêa, da Subseção de Dissídios Individuais 1 (SDI-1), ao esclarecer sobre os prazos prescricionais em relação ao FGTS, coroou a tese ora exposta, consoante notícia extraída do *site* oficial daquela Corte Superior Trabalhista, datada de 16/06/2004, que passo a transcrever, *verbis*:

“É de trinta anos o prazo de prescrição para se reivindicar diferenças do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS incidentes sobre parcelas salariais efetivamente pagas pelo empregador ao longo do contrato de trabalho. Sob essa afirmação do ministro Lélío Bentes Corrêa, a Subseção de Dissídios Individuais – 1 (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho concedeu embargos em recurso de revista a um grupo de aposentados da Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) gaúcha. A decisão tomada pela SDI-1 modifica posicionamento anterior adotado pela Terceira Turma do mesmo TST que havia deferido recurso de revista à CEEE declarando prescrito o direito dos aposentados reivindicarem as diferenças do FGTS. Como a ação trabalhista foi proposta à primeira instância gaúcha mais de dois anos após o término do contrato, a Terceira Turma reformou acórdão do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul (TRT-RS) e determinou a extinção do processo por ocorrência da chamada prescrição total. O entendimento adotado pela Terceira Turma do TST teve como base o Enunciado nº 362, segundo o qual “extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”. Em seu exame sobre a matéria, o ministro Lélío Bentes estabeleceu as duas hipóteses de prescrição em torno da inexistência de

recolhimento do FGTS, que possuem tratamento judicial diverso. “O tema em debate diz respeito ao não recolhimento do FGTS sobre verbas salariais pagas no curso do contrato de trabalho”, afirmou. “Não se trata, pois, de pedido de determinadas parcelas salariais e conseqüente recolhimento do FGTS”, esclareceu o relator do recurso na SDI-1 do TST ao mencionar a hipótese em que o prazo da prescrição é bienal. Lélío Bentes ressaltou, também, que “à época do ajuizamento da ação (junto à primeira instância), a jurisprudência do TST já havia pacificado seu entendimento mediante a Súmula nº 95, no sentido de que a prescrição aplicável contra o não recolhimento do FGTS era trintenária, na esteira do posicionamento consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal”. O STF, conforme o voto do relator, “negou a natureza tributária do FGTS e, em decorrência, afastou a incidência da prescrição quinquenal (cinco anos) prevista no Código Tributário Nacional, reconhecendo a natureza de contribuição social, submetida à prescrição trintenária. Concluiu por assegurar aos empregados o prazo de trinta anos para reclamar os depósitos do FGTS sobre valores remuneratórios efetivamente pagos, ressaltando ser esse o privilégio que tem igualmente a Previdência Social”. Ao concluir seu voto, Lélío Bentes citou precedente sobre o tema de autoria do ministro Brito Pereira. “Quando a discussão em debate diz respeito ao não recolhimento do FGTS relativo ao salário pago no curso do contrato de trabalho e o conseqüente recolhimento do FGTS, a prescrição incidente é de trinta anos, a teor da Súmula 95 do TST, pois está diretamente relacionada com o recolhimento do FGTS”. Na mesma decisão (tomada no processo ERR 378565/97), Brito Pereira acrescentou que “se o debate é sobre a percepção de determinada parcela trabalhista e o conseqüente recolhimento do FGTS, tem-se que o recolhimento é mera parcela acessória do principal e, por isso, o prazo prescricional (dois anos) segue a sorte da parcela principal, nos termos da Súmula 206 do TST”. (ERR 206053/95)”.(grifos nossos).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como arremate final, impende não olvidar que o papel primordial desta Justiça Especializada é o de perseguir sempre o ideal de justiça, o qual tem início a partir do equilíbrio processual proporcionado às partes litigantes.

Sendo assim, caberá ao aplicador do direito zelar sempre pela escolha do melhor método de interpretação das leis, de forma a aplicar a norma mais favorável ao trabalhador e, por conseguinte, propiciar-lhe a efetiva garantia dos seus direitos.

Nesse diapasão de raciocínio, torna-se imperioso ao Juiz, diante da *res deducta in iudicium*, despende esforços no sentido de abstrair as peculiaridades e filigranas inerentes a cada pedido e, assim, imprimir um tratamento adequado a cada tipo de situação que se lhe apresente.

A aplicação incondicional e temerária da parte final da nova redação do Enunciado nº 362 do C. TST, além de atropelar disposição expressa na Lei nº 8.036/90, reguladora do FGTS, e posicionamentos consagrados pelo STF e STJ – que mantém o entendimento trintenário –, fulmina, pelo cutelo prescricional, um direito dotado de inarredável jaez social e assegurado aos trabalhadores ao longo de décadas, a saber: o FGTS.

BIBLIOGRAFIA

Oliveira, Francisco Antonio de. Comentários aos enunciados do TST. 5ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Pinto, Raymundo Antonio Carneiro. Enunciados do TST comentados / Raymundo Antonio Carneiro Pinto. – 7.ed. ver. e atual. – São Paulo: LTr, 2004.

Carrion, Valentim, 1931 – Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho / por Eduardo Carrion. – 29. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.